

住民監査請求・住民訴訟に係る判例分析（六・完）
——地方財務行政の適正化のための課題と展望——

近藤 基弘

目次
はじめに

第一部 住民監査請求・住民訴訟制度

第一章 本論文の基本的な構成及び中心的論点

第二章 住民監査請求・住民訴訟の概要

第三章 地方自治法の規定

第二部 住民監査請求における主な論点の整理——怠る事実に係る監査請求期間

第一章 住民監査請求における監査請求期間

第二章 怠る事実に係る監査請求期間

第三節 判例の状況

一 第一期（昭和三六年から昭和六二年二月二〇日まで）（以上二二五号）

第五節 小括

（以上二二六号）

第三部 住民訴訟における主な論点の整理―住民訴訟の対象及び対象の拡大

第一章 住民訴訟の対象―住民訴訟における財務会計上の行為

第二章 住民訴訟の対象の拡大―住民訴訟における違法性の承継

第二節 学説の状況 (以上二一八号)

第三節 判例の状況

第四節 今後の判例の動向

第五節 小括

まとめ

(以上本号)

第三節 判例の状況

判例の流れは、当初は不正行為を是正する目的で利用されることが多く、財務行為に内在する違法に限定して違法判断がなされてきたが、住民の地方自治への関心が高まるにつれて、住民訴訟も単なる腐敗・不正の予防や是正の域を超えて、広く地方公共団体の行政運営一般や政策的事項を司法的統制にまで拡大する傾向を示し、これらの違法のコントロールを財務会計上の行為と関連させながら、住民訴訟で争う事例が増え、判例もそれがある程度認めてきた。そこでこの節では、判例の流れを経年的に概観していくこととする。

一 第一期（昭和三六年から昭和五二年七月一三日まで）

（一）最高裁判所判例の動向

この時期の最高裁判所の考えは、住民訴訟の対象は、財務会計上の行為であり、違法性の承継は全く認めないというものであった。典型的な最高裁判所の判決である最三小判昭和五一年三月三〇日判時八一三号二四頁は、換地処分等の行政処分により市が土地を取得したことを違法な財産の取得として、その取消しを求めた二号訴訟の事例であるが、住民訴訟の対象となるのは、「一定の財務会計上の違法な行為又は怠る事実に限られるもの」として、本件のように土地区画整理法に基づく土地区画整理事業の達成という一定の行政目的の実現のために施行者により行なわれる換地処分等の行政処分の結果として土地が地方公共団体に帰属するような、一般行政目的のために行政処分の直接の結果として地方公共団体に財産が帰属する場合、この処分を住民訴訟の対象とすることを認めるのは、結局、一般行政上の違法を直接住民訴訟で争うことに帰着し、住民訴訟の目的から逸脱することを理由として、違法性の承継を認めなかったものと思われる。

このような状況の中で、五二年判決が出されることとなった。

〔判例一〕 最大判昭和五二年七月一三日民集三一巻四号五三三頁（以下「五二年判決」という。）

本事例は、違法性の承継を最高裁判所としてはじめて認めた判例である。その内容は、市の体育館の建設に際して、市が神社神道に則って地鎮祭を行い、地鎮祭費用を体育館建設費の一項目として支出したことに對して、市長らに對して右金員相当の損害賠償請求がなされたものである。判決は、「公金の支出が違法となるのは、単にその支出自体が憲法八九条に違反する場合だけでなく、支出の原因となる行為が憲法二〇条三項に違反する場合の支出もまた、違法となる」と判示している。ここでは、（先行行為）市長による神式起工式挙行決定の違法が、（後行行為）

市長による奉式費用の支出に承継されるとする。この判決は非財務的原因行為の違法についても無条件に審査できるとして、先例判決的役割をもつていとされて⁽³⁾いる。ただし、判決としては、支出の原因となった市の行為（地鎮祭）が憲法二〇条三項により禁止される宗教活動に当たるかどうかを検討し、これに該当しないので支出行為も違法でないとされた。

この五二年判決は、判決の文言「公金の支出が違法となるのは、支出の原因となる行為が憲法二〇条三項に違反する場合もまた違法になる」から無条件に違法性の承継を認めるとして、その後の違法性の承継の問題に大きな影響を与えることとなった。その結果として、住民訴訟を借りて行政一般の非違を争うという現象が生じたといえるかもしれない。

(二) 下級審判例の動向

下級審の判例の中には、最高裁判所の見解のように、違法性の承継を全く認めないものから、違法性の承継を認めるものまである。

違法性の承継が認められなかったものとして、広島地判昭和四八年一〇月二五日行集二四卷一〇号一一三五頁、広島高判昭和四九年七月三一日行集二五卷七号一〇三四頁がある。これらは、前掲の最三小判昭和五一年三月三〇日判時八一三号二四頁の下級審判決であり、住民訴訟の対象となる行為は、地方公共団体に財産上積極・消極の損害を与え、ひいては住民の利益の侵害につながる財務的事項に限るものであって、それ以上に行政一般の非違にまてわたるものではないとして、違法性の承継を認めない立場をとった。

認めるものとして、広島地判昭和四三年一二月一八日判時五六〇号四三頁がある。本判決は、町長が町行政に対する自己の功績を顕彰するため、町議会の予算議決を受けて自らの胸像を町立中学校の校庭に建立した行為は自己

宣伝であり、支出行為は違法であると判示したところから、（先行行為）町長による自己の胸像建立決定の違法が（後行行為）町長による建設費の支出へ承継されたと考えられる。

五二年判決の一番（津地判昭和四二年三月一六日行集一八卷三号二四六頁）と控訴審（名古屋高判昭和四六年五月一四日行集二二卷五号六八〇頁）は、いずれも本案審理を行なったという点で、違法性の承継を認めているものと思われる。

二 第二期（昭和五二年七月一四日から平成四年一月一五日まで）

（一）最高裁判所判例の動向

〔判例二〕 最三小判昭和五七年七月一三日民集三六卷六号九七〇頁（以下「五七年判決」という。）

本事例は、被告四社は紙・パルプ製造業者であり、その工場廃水を県内の二級河川ないし普通河川に放流し、それが田子の浦に流入して、ヘドロを堆積させていたが、県は公費を支出してそのヘドロのための毎年のしゅんせつ工事をおこなっていた。これに対し、住民は、汚水排出の共同不法行為により県に損害を与えたとして、被告四社に対して、ヘドロしゅんせつ工事費の損害賠償請求をおこなったものである。本事例は、当時、環境問題の一環として、社会的に大いに注目されるとともに、住民訴訟が立法の想定した目的である財務会計上の行為をこえて、公害行政や環境行政といった現代的問題に関与したという点でも興味をもたれたものである。判決は、違法性の承継について、判決文の中で直接述べてはいないが、積極的公害行政を促すという直接財政行為でない行為について、どこまで裁判所がそれを認めるかという論点について、損害賠償請求として非財務会計上の行為についても前提問題として判断することができることを確認したものと見える。⁽⁷⁾

〔判例三〕最二小判昭和五八年七月一五日民集三七卷六号八四九頁（以下「五八年判決」という。）

本事例は、町長が専ら森林組合の事務に従事させる目的で、特定人を町職員に採用し、直ちに森林組合に出向させ、組合の事務に専念させながら、同人の給与をすべて町で負担した行為は、違法な公金の支出に当たると判示したものである。（先行行為）出向命令の違法が（後行行為）給与支払に承継されたことになる。本事例の場合、出向が違法であることと、町職員として給与を支払ったこととの間には、「直接の関係ないし結びつき」があるため、違法性の承継が認められたと思われる。一般的に、先行行為である非財務会計上の行為の違法を理由として後行行為たる公金の支出が違法となることを認めたものでないが、先行行為と後行行為とを一体的に把握したという点では、注目すべき判決である。

〔判例四〕最三小判平成五九年一月六日判時一一三九号三〇頁（以下「五九年判決」という。）

本事例は、路線認定に関する議会議決、路線の認定および道路区域の決定手続を経ずに行われた道路用地の買収は違法であり、かつ計画道路の開設自体が住民の環境権を侵害する違法なものであると主張してなされた長に対する損害賠償請求及び差止め請求である。本件の各行為を時系列的に示すと以下のとおりである。

計画道路開設計画立案↓（先行行為）路線認定に関する議会議決、路線認定、道路区域の決定行為などの不存在
↓（後行行為）土地買収行為↓（控訴審で争われた先行行為）路線認定・区域決定行為↓（将来予定）計画道路を開設する行為

すなわち、ここでの財務会計上の行為は、土地買収行為であり、ここには、違法はなく、その先行行為である、路線認定に関する議会議決、路線認定、道路区域の決定行為などの不存在を違法として、その違法性の承継があるかどうか、また、将来の計画道路開設で発生すると予想される違法を理由とすることができるかが争われた

ものである。判決は、道路法に規定された路線認定に関する議会議決、路線認定、道路区域の決定行為などの手続は、道路法上の道路を成立させるための要件であり、道路開設のために用地を取得するについての要件をなすものでないとして、土地買収が、道路法所定の手続を経ずに行われたことをもって違法ということはできず、また、計画道路の開設が土地買収の動機目的をなすものではあっても、土地買収は、計画道路を開設する行為とは区別され、それとは独立して、区に土地を取得させ、代金の支払債務を負担させるという効果を発生させるにとどまるものであるから、仮に道路を開設することに違法事由が存在するとしても、土地買収が違法となるものではないとした。

〔判例五〕最一小判昭和六〇年九月一二日判時一一七一号六二頁（以下「六〇年判決」という。）

本事例は、市長が収賄罪で逮捕された市職員を懲戒免職ではなく、分限免職にして退職手当を支給したところ、退職手当の支給は違法な公金の支出であるとして、市長個人を被告とする損害賠償請求が提起されたものである。（先行行為）市長による分限免職処分の違法が、（後行行為）市長による退職手当の支給に承継されるかどうかが争われたものである。判決は、「住民訴訟の対象が、地方公共団体の執行機関又は職員の違法な財務会計上の行為又は怠る事実に限られることは、同条の規定に照らしても明らかであるが、右の行為が違法となるのは、単にそれ自体が直接法令に違反する場合だけでなく、その原因となる行為が法令に違反し許されない場合の財務会計上の行為もまた、違法となるのである（最高裁判昭和四六年（行ツ）第六九号同五二年七月一三日大法院判決・民集三一巻四号五三三頁参照⁹⁾）。そして、本条例の下においては、分限免職処分がなされなければ、当然に所定額の退職手当が支給されることになっており、本件分限免職処分は本件退職手当の支給の直接の原因をなすものというべきであるから、前者が違法であれば後者もまた当然に違法となる。」とした。ただし、当該事例においては、収賄職員を懲戒免

職とせず分限免職処分を発令したことは違法とはいえないとして、住民の請求を棄却した。

ここで重要なことは、「財務会計上の行為が違法となるのは、単にそれ自体が直接法令に違反する場合だけでなく、その原因となる行為が法令に違反し許されない場合の財務会計上の行為もまた、違法となる」というように、最高裁判所の判例が、その論旨の展開過程で、支出手続が適法であっても、支出の原因となった行為に違法があれば、支出自体も違法となると一般的に判示したことであろう。ただし、無条件に違法性の承継を認めるのではなく、「本件分限処分は本件退職手当の支給の直接の原因をなすもの」という限定をつけている。

ここでいう「直接の原因」とは、一審判決でいう「密接不可分の関係」とほぼ同趣旨と解してもよいのかもしれない。すなわち、先行行為と後行行為が一体的に把握しうるかどうかの問題であろう。

〔判例六〕四年判決（最三小判平成四年二月一五日民集四六卷九号二七五三頁）

本事例は、都教育委員会が、勸奨退職に応じた公立学校の教頭に対する優遇措置として、退職日一日だけ校長に任命する特任校長制度等を採用し、知事が、右昇格昇任後の号給を基礎に退職手当を支給していたことについて、住民が、知事に対して、右退職手当の支給は違法であるとして損害賠償請求を提起したものである。ここでは、（先行行為）都教育委員会のする任命行為の違法が、（後行行為）知事の行う退職手当の支給に承継されるかが問題となる。本事例が、他の事例と異なるのは、原因行為に係る権限主体と財務会計上の行為に係る権限主体とが異なる点⁽¹⁾にあるところである。しかし、原因行為の違法と財務会計上の行為の違法との関係を論じている点では、ここであげている他の最高裁判所の判例と同様である。そこで、以下検討をしていくと、判決は、「当該職員⁽²⁾の財務会計上の行為をとらえて右の規定に基づく損害賠償責任を問うことができるのは、たといこれに先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、右原因行為を前提としてされた当該職員⁽³⁾の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する

違法なものであるときに限られると解するのが相当である。」とし、また、先行行為と後行行為の行為者が異なることについては、「教育委員会がした学校その他の教育機関の職員の任免その他の人事に関する処分（地方教育行政の組織及び運営に関する法律二三条三号）については、地方公共団体の長は、右処分が著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合でない限り、右処分を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務があり、これを拒むことは許されないものと解するのが相当である」としている。本件についてみると、「本件昇格処分及び本件退職承認処分が著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過しえない瑕疵が存するものとは、解し得ない：本件支出決定が、その職務上負担する財務会計法規上の義務に違反してされた違法なものということはできない」として、訴えを棄却した。

ここで、この判決をどのように解するかについて検討する。

「たといこれに先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、右原因行為を前提としてされた当該職員
の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られる」について考えると、この判示は、これまでの最高裁判所の判例が原因行為の方に引きずられ原因行為に重点が置かれたのに対し、本判決は、当該職員に対する四号訴訟では、端的にその者の行った財務会計上の行為の適否だけを問題にすればよいとする視点からでているものである。このような視点は、当該職員に対する四号訴訟は、その者の関与した財務会計上の行為についての責任を問うものであって、たとえその原因となるものであっても、非財務会計上の行為についての責任を問うものではないという制度の本質に立脚したものであり、また、法が住民に違法な財務会計上の行為に限りその防止、是正、回復を裁判所に請求することを認め、行政の非違一般を争わせることを認めたものではないという制度の趣旨にも沿っているものである。

しかし、原因行為に存する違法事由あるいは原因行為の違法性を全く考慮する必要がないかというところではない。その意味では、違法性の承継にからむ問題が全く考慮されていないと言いきれるものではない。⁽¹⁵⁾

つまり、「財務会計法規上の義務」という概念が重要となってくる。ここでいう、「財務会計法規」とは、手続的・技術的な、狭い意味での財務会計法規のみを意味するものではなく、これらを含むところの財務会計上の行為を行う上で当該職員が職務上負担する行為規範一般を意味するものと考えられている。そのため、このような誠実執行義務等により、財務会計上の行為を行うに当たっては、その原因となっている非財務会計上の行為に違法事由が存するか否か、違法か否かを審査、調査しなければならず、原因行為に違法事由があるのに、それを取消す等の是正措置をとることなく財務会計上の行為に及べば誠実執行義務等の財務会計法規上の義務に違反し、違法な財務会計上の行為になると考える。そういう意味では、関哲夫教授が主張してきた「財務会計上の行為の行為者の違法性審査」という考えを「審査義務違反」として最高裁判所が承認したといえるかもしれない。⁽¹⁷⁾

また、ここで、最高裁判所は、権限が異なる場合について、初めて「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」という基準を示した。この「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」の具体的内容については、判例の集積をまつことになると思われる。⁽¹⁶⁾

(二) 最高裁判所判例の動向のまとめ

これらの最高裁判所の判例をみてどのようなことがいえるのかここで少しまとめてみたい。

前節でみてきたように、五二年判決は、違法性の承継に対する最初の最高裁判所の判例である。そして、公金の支出が違法となるのは、単にその支出自体が憲法八九条に違反する場合だけでなく、支出の原因となる行為が憲法二〇条三項に違反する場合の支出もまた、違法となると判示しており、判決の文言から、無条件に違法性の承継を

認めるものとして、その後の違法性の承継の問題に大きな影響を与え、住民訴訟を借りて一般行政の非違を争うという現象が生じたといえる。

五八年判決は、判旨は必ずしも明瞭でないが、職員の出向命令が違法であり、かつ、本件においては森林組合の事務専従者の給与を町で負担できるようにするために町職員を採用した事情があるので、出向命令という非財務会計上の行為の違法と給与の支給という財務会計上の行為との間には直接の関連があり、換言すれば両行為が一体的関係に立っていたために承継を認めたと解釈されている。⁽⁴⁾ そうすると、五二年判決のように、無条件に違法性の承継を認めるのではなく、「先行行為と後行行為が密接不可分ないし一体の関係にある場合」に限り違法性の承継を認めたと解される。

六〇年判決は、五二年判決を引用して、右の行為が違法となるのは、単にそれ自体が直接法令に違反する場合だけでなく、「その原因となる行為が法令に違反し許されない場合の財務会計上の行為もまた、違法となる」と一般的に違法性の承継を認めた上で、本件条例の下においては、分限免職処分がなされれば当然に所定額の退職手当が支給されることとなっており、本件分限免職処分は本件退職手当の支給の直接の原因をなすものといふべきであるから、前者が違法であれば後者も当然に違法となるものと解するのが相当であるとしている。そうすると、この判決は、五二年判決を引用しているものの、五二年判決のように、無条件に違法性の承継を認めるのではなく、「先行行為が後行行為の直接の原因をなすものである場合」に限り違法性の承継を認めたと解される。

四年判決は、行為者の行為自体の違法性を検討するといふ意味で、違法性の承継の問題に対する重要な判例である。判決の「損害賠償責任を問うことができるのは、たといこれに先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものである

ときに限られる」という表現は、五二年判決、六〇年判決の「その原因となる行為が法令に違反し許されない場合の財務会計上の行為もまた、違法となる」とは明らかに異なり、原因行為の違法がそれ自体でいわば無媒介に財務会計上の行為の違法をもたらすという関係にあるのではないことを示している。すなわち、四号に基づく当該職員に対する損害賠償代位請求訴訟において問題となっているのは「当該職員の行為の違法性」であり、「原因行為の違法性」ではないという点である。しかし、原因行為に存する違法事由あるいは原因行為の違法性を全く考慮する必要がないというわけではなく、その意味では、違法性の承継²⁴⁾にからむ問題が全く考慮されていないわけではない。

(三) 下級審判例の動向

上述した最高裁判所の判例の動向を踏まえて、下級審の判例についてみていくこととする。すなわち、最高裁判所の判例がその後の下級審の判例にどのように影響を与えたのかを検討していく。

ア 五八年判決及び六〇年判決の影響を受けた判例

「先行行為と後行行為が密接不可分ないし一体の関係にある場合」、「先行行為が後行行為の直接の原因をなすものである場合」など、何らかの制限のもとに違法性の承継を認めるものとしては次のようなものがある。²⁵⁾

① 東京地判昭和六二年一月二四日判自四二号五四頁

特別区長は、収賄容疑で送検された職員を諭旨退職とし、退職手当を支払った。住民らは、右職員を懲戒免職とせず諭旨退職とした処分は違法であり、したがって退職手当の支給もまた違法であると主張して、区長個人を被告とし、区に代位して損害賠償を請求した事例に対して、先行行為が後行行為の「直接の原因」をなすことができるとする「一体的な関係がある場合」には、先行行為が違法であれば、後行行為たる財務会計上の行為も違法になるという立場をとり、本件の場合は、これに該当するとしたが、区長が懲戒処分につさなかつたことは違法ではな

いと判断して、請求を棄却したものである。

② 水戸地判平成三年九月一七日行集四二巻八・九号一五〇三頁

（先行行為）道路区域変更決定から（後行行為）道路用地買収費用又は道路建設工事費用の支出への違法性の承継が争われた事例において、先行行為たる非財務会計上の行為の違法を理由として後行行為たる財務会計上の行為が違法であるといえるためには、前者が後者を適法に行うための要件になっている場合など、「両者に密接かつ一体的な関係があること」を要するとし、本件の場合には、道路区域変更決定から道路用地買収費用又は道路建設工事費用の支出への違法性の承継を否定した。

③ 仙台地判昭和六二年九月三〇日行集三八巻一一号一六三一頁

先行する違法な非財務会計上の行為が、これに伴う公金支出の「事実上直接の關係に立つ場合」、すなわち、先行行為を行うことの主たる目的が実質的にみて後行する公金支出に向けられていると評価できるものであること、又は先行行為を行うことよって手続上、他に何らの支出決定を要せず当然に地方公共団体が後行する公金の支出義務を負担することになる場合には、先行行為が違法であることのゆえに、後行行為たる公金支出もまた違法となるものと解すべきであるところ、本件採用試験の目的が異職員への任用という非財務会計上の行為であり、費用を支出すること自体が主たる目的ではないし、試験の費用支出のためには別途支出決定が必要であると判示した。

イ 公定力を基準とする判例

先行行為が行政処分である場合に、下級審においてよくみられる判例として、先行行為の公定力を基準として違法性の承継の有無を決するものがある。しかし、これらの判例は、学説において批判²⁰⁴され、また、以下でみるように最高裁判所においても、すべて否定されている。その例としては、次のようなものである。

④ 東京高判昭和五五年三月三十一日行集三一巻三号八二四頁

本事例は、六〇年判決の控訴審判決である。判決は、分限免職は行政処分であるから、重大かつ明白な瑕疵が認められない本件においては、これに基づいて行われた退職手当の支給は違法でないとした。なお、上告審である六〇年判決では、直接原審を否定することはなかったが、公定力説は採用しなかった。

⑤ 東京高判昭和五六年五月二十七日行集三三巻五号八四一頁

本事例は、五九年判決の控訴審判決である。判決は、路線認定及び道路区域決定に重大明白な瑕疵が認められないから、土地買収等が違法でないと判示した。なお、上告審である五九年判決では、公定力説は明確に否定した。

⑥ 東京高判昭和六一年五月二十九日行集三七巻四・五号七二三頁

本事例は、四年判決の控訴審判決である。判決は、任命、昇格、昇給、退職の承認は行政処分であって、重大明白な瑕疵が認められ無効とされる場合を除き公定力を有するから、都知事の退職手当裁定は違法ということはできないと判示した。なお、上告審である四年判決では、直接原審を否定することはなかったが、公定力説は採用しなかった。

二 第三期（平成四年二月一六日から現在まで）

違法性の承継に関しての最高裁判所の判例としては、五二年判決のように無条件に違法性の承継を求めるのではなく、五八年判決のように「先行行為と後行行為が密接不可分ないし一体の関係にある場合」、六〇年判決のように「先行行為が後行行為の直接の原因をなすものである場合」など、何らかの制限のもとに違法性の承継が認められるという考えのようである。また、四年判決のように、「原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体が財務会

計法規上の義務に違反する違法なものであるとき」に当該財務会計上の行為は違法になると考え、あくまでも、財務会計上の行為を行う者自身の違法性、すなわち、「審査義務違反」があつたのかどうかを重視する立場も登場してきた。以下では、その後の判例についてこれらの最高裁判所判例との関係でどのようなことがいえるかについて、若干整理してみたいと考える。

（一）五八年判決及び六〇年判決の影響を受けた判例

⑦ 横浜地判平成五年四月二八日判自一一三号一四頁

本事例は、商工会議所への派遣職員に対して給与等の支払をしたことが、違法であるとして損害賠償ないし不当利得返還請求を求めたものである。判決は、本件派遣職員に対する給与の支給と、職務専念義務を免除する方法による被告商工会議所への派遣命令とは、「密接不可分、相即不離の關係」にあるとすることができ、後者が違法である以上、前者もまた違法というべきであるとしている。「密接不可分、相即不離の關係」により違法性の承継を認めたものである。

⑧ 千葉地判平成七年四月一九日判自一四一四二頁

本事例は、市消防局の救急車に救急業務性に欠ける違法な搬送をさせたとして、搬送実費相当額の損害賠償を求めたものである。判決は、本件搬送が財務会計上の行為でないこともまた明らかであるが、右行為が違法となるのは、単に、当該財務会計上の行為自体が直接法令に違反する場合のみならず、その原因となつた非財務会計上の行為が法令に反し許されない場合にもまた違法となるのである。したがって、非財務会計上の行為である本件搬送も、その費用支出の「直接の原因」をなすものであることから、前者が違法であれば後者も違法となると解するのが相当であるとしている。「直接の原因」により違法性の承継を認めたものである。

⑨ 東京高判平成一一年三月三十一日判自一九一〇頁

本事例は、後述する⑩判決の差戻審である。判決は、少なくとも本件承認は勤務していない者に給与を支給するか否かを直接的に決定する行為であつて、市長としては本件職務専念義務免除を違法と判断すれば直ちに本件承認を行うことをやめて給与の支給を停止することができたのであるから、本件職務専念義務免除及び本件承認と本件給与支給との間には「直接的な関係」があり、本件職務専念義務免除及び本件承認が違法である以上、本件給与支給は、財務会計法規上の義務に違反した違法な行為というほかない⁶⁰としている。「直接的な関係」により違法性の承継を認めたものである。

⑩ 横浜地判平成一四年六月一九日判自二四〇号五五頁

本事例は、町が進めている公共下水道の建設事業が違法であるとして、本事業のために支出された公金の支出を対象にして損害賠償を求めたものである。判決は、住民訴訟において主張することのできる違法事由は、当該職員⁶¹の財務会計上の行為自体に存在する財務会計法規上の違法のほか、財務会計上の行為と「事実上直接的な関係」に立つ非財務会計上の行為（原因行為）に法令違反があつてこれを看過しては執行機関の誠実管理執行義務（法一三八条の二）違反をもたらすような場合の違法を含むと解すべきである。そして、原因行為に重大明白な違法がある場合には、原因行為と財務会計上の行為との間に「事実上直接的な関係」があるということになり、財務会計上の行為自体も違法となると解するのが相当であるとしている。「事実上直接的な関係」により違法性の承継を認めたものである。

(二) 四年判決の影響を受けた判例

四年判決が出た後には、この影響を受けた下級審の判例が数多く出されている。

⑪ 京都地判平成五年一月一九日判自一二八号五七頁

本事例は、青少年の有害図書指定を定めた条例(註)に基づく有害図書指定に関してなされた公金支出が違法であるとしてなされた損害賠償請求である。判決は、当該職員の財務会計上の行為につき損害賠償請求を問うためには、たといこれに先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても右原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られる（四年判決参照）というように、四年判決を引用したことを明確にした上で、公金支出の前提ないし先行行為である、地方議会の条例制定行為の違憲による違法性は、これに伴う所要の財務会計上の行為の措置を採ることが、予算執行の適正確保の見地から看過できない瑕疵がある場合でない限り、本件公金支出がその職務上負担する財務会計法規上の義務に違反した違法なものとはいえないとしている。

⑫ 東京高判平成六年八月二四日判自一三四号二二頁

本事例は、前述の⑦判決の控訴審で、商工会議所への派遣職員に対して給与等の支給をしたことが、違法であるとして損害賠償ないし不当利得返還請求を求めたものである。判決は、当該職員の財務会計上の行為をとらえて法二四二条の二第一項四号の規定に基づく損害賠償責任を問うことができるのは、たといこれに先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、右原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られると解される（四年判決）というように、四年判決を引用したことを明確にした上で、本件においては、市長によって職務専念義務を免除されており、かつ、右の免除が違法であるとはいえない上、本件支出自体については何ら違法事由はないのであるから、本件支出が違法であるということはできないとしている。

⑬ 和歌山地判平成六年一月三〇日判自一四五号三六頁

本事例は、歴史的な景勝地として名高い「和歌の浦」地域における都市計画道路の建設による工事費用の支出が、違憲・違法であるとしてなされた損害賠償請求である。判決は、当該職員の財務会計上の行為をとらえて損害賠償責任を問うことができるのは、これに先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、右原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体がまた財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られると解するのが相当である。地方公共団体の長として関係規定に基づき予算執行の適正を確保すべき責任を県に対して負担するものであるから、予算の執行としてなされた支出に予算執行の適正確保の見地から看過することのできない瑕疵が存する場合には、右の支出は財務会計法規上の義務に違反するものとして、違法なものとなると解されるとしている。

⑭ 大阪高判平成一〇年二月一日判自一九九号二二頁

本事例は、在職中に懲戒免職に相当する職務違反行為をした職員の依願退職を承認して退職金を支払った市長の処分が違法であることを理由に、市長に対して損害賠償を求めたものである。判決は、当該職員の財務会計上の行為をとらえて法二四二条の二第一項四号の規定に基づく損害賠償責任を問うことができるのは、これに先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、右原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られるとし、原因行為たる処分の権限と退職手当支給行為に係る権限とが、いずれも市長に帰属している本件においては、原因行為たる処分が違法であり、本来ならば取り消されなければならぬにもかかわらず退職手当支給行為をしたときには、財務会計法規上の義務の二(誠実職務義務)に反したものととして、財務会計上の行為は違法になると一般論を示した。その上で、本件の二(誠実職務義務)に反したものととして、財務会計上の行為は違法になると一般論を示した。その上で、本件の

においては、原因行為たる処分の違法性の有無について判断し、裁量権を逸脱、濫用した違法はないとした上で、処分後から退職手当支給行為までの事情を考慮すると財務会計法規上の義務違反はないとしている。

（三）給与支給固有の違法を検討するため四年判決の影響を受けているといえる判例

明確には四年判決を引用したことを示していないが、第三セクター等への職員派遣及び派遣職員の給与支給の適否を争った訴訟の判決の中には、違法性の承継を検討することなく、給与支給という支出負担行為である財務会計上の行為固有の違法を検討するものがある。以下いくつかの判決をみてみるが、これらの判決は、明確には違法性の承継について言及していないが、原因行為が違法であれば給与の支給も違法であるとし、給与支給者の違法を判断していることからは、四年判決の影響を受けているといえる。

⑮ 浦和地判平成四年三月二日行集四三卷三号二六九頁

本事例は、第三セクターに職員を派遣し、市が右派遣職員に対して給与等を支給していたことが違法であるとして、右第三セクターに対し給与等の額に相当する不当利得を市に返還することを求めるものである。判決は、職員派遣が派遣期間中専ら被告の業務に従事し、市の事務を担当しなかったのに、この職員に対する給与等の全額を市において負担し、支給するような措置をとることを可能にする法律及びこれに基づく条例上の根拠はなく、給与等の支給は法二四二条第一項、二四二条の二第一項という違法な公金の支出に当たるといふべきであるとして、給与の支給という当該職員の行為自体の違法を判断している。

⑯ 福井地判平成八年二月一四日判自一五二号五九頁

本事例は、第三セクターに派遣した職員、研修のため民間会社に派遣した職員の給与の支給を違法とし、損害賠償を求めたものである。判決は、給与支給者としては、予算執行の適正確保の見地から、任命権者の承認が適法に

なされたものであるかを検討する義務があるというべきであり、しかも、本件では、給与支給者と任命権者は、権限主体が同一であるので、右承認が不適法である場合には、直ちにこれを是正する権限を有していると認められるので、右承認が不適法である場合に、これを看過して給与を支給することは、給与支給者としての義務に反するもので、違法な公金支出になるといふべきであるとしている。

⑰ 岡山地判平成八年二月二七日判時一五八六号六四頁

この事例は、第三セクターへ職員を派遣し、その職員への給与等の支給が違法であるとして、損害賠償を求めたものである。判決は、職務専念義務の免除措置が違法である以上、これを取消すなどの是正措置を講じた上でなければ、派遣職員に対する給与等支給は、法令上の根拠を欠くから許されないと解すべきであり、右是正措置がない限り、右給与等の支給のための公金支出は違法というべきであるとして、給与等の支給の固有の違法を判断している。

⑱ 最二小判平成一〇年四月二四日判自一七五号一一頁

本事例は、⑫判決の上告審である。判決は、給与の支給には適法な職務専念義務の免除が必要であることはもちろんであるが、これに加えて、勤務しないことについての適法な承認が必要であり、職務専念義務の免除や勤務しないことについての承認が地方公務員法に違反する場合には、違法になると解すべきであるとした上で、原審は、具体的な認定をすることなく判断しているので、理由不備の違法があるとして原審に差し戻したものである。

⑲ 最三小判平成一六年三月二日判自二五七号一一頁

本事例は、⑨判決の上告審である。判決は、⑱の判決の枠組みに沿って、本件においては、職務専念義務の免除及び勤務しないことについての承認の適法性を肯定することはできず、本件承認を前提として行われた給与支給の

うち欠勤者にも支給される諸手当を控除した残額分の支給は違法であると判断したものである。

（四）判例の動向のまとめ

違法性の承継に関する最近の下級審判例をみてみると、⑦判決、⑧判決、⑨判決及び⑩判決のように、先行行為と後行行為の関係が、「密接不可分、相即不離の関係」、「直接の原因」、「直接的な関係」、「事実上直接的な関係」にあるため、先行行為から後行行為へ違法性が承継されるというように、五八年判決及び六〇年判決の影響を受けた判例がある。

しかし、一番多くみられるのは、四年判決の影響を受けた判例である。すなわち、損害賠償責任を負うのは、「先行する原因行為に違法事由が存しているも、原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なときに限られる。」というように、職員の行為自体の「審査義務違反」を判断するものである。この判例の立場としては、違法性の有無の議論をする対象は決して非財務会計上の行為である先行行為であるいは原因行為ではなく、財務会計上の行為そのものであり、当該財務会計上の行為が違法であるか否かは、「当該職員の行為自体」が財務会計法規上の義務に違反しているかどうかを判断の基準にしている。五八年判決及び六〇年判決の影響を受けた判例がどのような場合に先行行為の違法が後行行為の違法として主張できるかに重点があるのに対し、四年判決の影響を受けた判例は、違法性が承継されるとは考えず、あくまでも、「当該職員の行為自体」が違法かどうかを判断しようとしている点では考え方が異なると思われる。

第四節 今後の判例の動向

一 各判例の比較

前節での判例の整理を踏まえて、五八年判決及び六〇年判決の影響を受けた判例と四年判決の影響を受けた判例を比較して、それぞれの判例の関係を明らかにしていくこととする。その方法として、四年判決の法理を使って、五八年判決及び六〇年判決の影響を受けた判例である、①判決、③判決を説明できるかどうかを検討してみる。

①判決では、論旨退職とした処分と退職手当の支給とは、「一体的な関係がある場合」にあるということが出来るから、先行行為が違法である以上、後行行為もまた違法といふべきであると判示しているが、これを四年判決の法理で説明すれば次のようになる。長は、財務会計上の行為をするにあたっては、「財務会計法規上の義務」を負っているものであり、原因行為である「論旨退職処分」について、長がこれを取消しうる権限を有している場合には、「論旨退職処分」が違法なものであれば、長はこれを取消すものと解される。それにもかかわらず、長が、原因行為である「論旨退職処分」が違法であるのに、これを取消すことなく、これを前提とする「退職手当の支給」という財務会計上の行為をしたとすれば、長が負担するところの「財務会計法規上の義務」の違反があることになる。すなわち、長が、「論旨退職処分」が違法であるのにこれを取消さないで、これを前提とする「退職手当の支給」という財務会計上の行為をしたときには、財務会計上の行為をするに当たって、「財務会計法規上の義務」に違反したものの、すなわち、「審査義務違反」として損害賠償責任を負うことになることを説明することができる。

③判決では、先行する違法な非財務会計上の行為が、これに伴う公金支出の「事実上直接の關係に立つ場合」、先行行為が違法であることのゆえに、後行行為たる公金支出もまた違法となると判示しているが、これを四年判決の

法理で説明すれば次のようになる。長が、原因行為である「国鉄職員のみを対象とした採用試験」が違法であるのに、これを取消することなく、これを前提とする「採用試験費用の支出」という財務会計上の行為をしたとすれば、長が負担するところの「財務会計法規上の義務」の違反があることになる。すなわち、長が、「採用試験」が違法であるのにこれを取消さないで、これを前提とする「採用試験費用の支出」という財務会計上の行為をしたときには、財務会計上の行為を当たって、「財務会計法規上の義務」に違反したものの、すなわち、「審査義務違反」として損害賠償責任を負うことになる」と説明することができる。

結論として、五八年判決及び六〇年判決の影響を受けた判例がどのような場合に先行行為の違法が後行行為の違法として主張できるかに重点があるのに対し、四年判決の法理は、違法性が承継されるとは考えず、あくまでも、「当該職員の行為自体」が違法かどうかを判断しようとしている点では考え方が異なると思われる。しかし、上述したように、四年判決の法理を使って、五八年判決及び六〇年判決の影響を受けた判例である、①判決や③判決を説明することは可能である。すなわち、四年判決の法理でも、当該職員は「財務会計法規上の義務」を負っているため、当該行為を行うに当たり、原因行為に違法事由があるか否か、違法だったか等を審査すべき義務を負い、違法事由があるのに、それを取消すなどの是正措置をとらないで当該の財務会計上の行為を行えば、その財務会計上の行為は違法となるため、実質的な結果は、五八年判決及び六〇年判決の影響を受けた判例と変わらないといえる。

二 違法性の承継の考え方の変化と住民訴訟の対象との関係

ここでは、六〇年判決などの従来の違法性の承継の考え方と四年判決とは、住民訴訟の「対象」という視点が

らどのように違いが出てくるかを検討してみる。

六〇年判決では、(先行行為) 分限免職処分が、(後行行為) 退職手当の支給の「直接の原因」となるため、先行行為である分限免職処分という非財務会計上の行為の違法が、後行行為である退職手当の支給という財務会計上の行為(この退職手当が本来の財務会計上の行為というところで、この部分を以下本節では「本来の財務会計上の行為」という。)に承継されたこととなる。その場合に「(財務会計上の) 行為が違法となるのは、単にそれ自体が直接法令に違反する場合だけでなく、その原因となる行為が法令に違反し許されない場合の財務会計上の行為もまた、違法となるのである。」という住民訴訟特有の理論である違法性の承継を使うことにより、財務会計上の行為が拡大(ここでの財務会計上の行為とは分限免職処分という一定の非財務会計上の行為も含めた概念であるため、以下本節では「広義の財務会計上の行為」という。)して解釈されていることとなる。このように違法性の承継を使って住民訴訟の対象が本来の財務会計上の行為から広義の財務会計上の行為へと拡大したことになる。

一方、四年判決では、(先行行為) 任命行為という非財務会計上の行為の違法が、(後行行為) 退職手当の支給という本来の財務会計上の行為に承継され、広義の財務会計上の行為となるとは考えず、「損害賠償責任を問うことができるのは、たといこれに先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られる」としている。すなわち、都知事の退職手当の支給という行為自体が「財務会計法規上の義務」に違反しているかどうかの問題になるのであり、ここでは端的に都知事の行った本来の財務会計上の行為の適否だけを問題にすればよいとする考えである。その意味では、ここでの対象は本来の財務会計上の行為である退職手当の支給そのものであり、違法性の承継により、原因行為である任命行為という非財務会計上の行為を含めた広義の財務会計上の行為を対象としたものと

は明らかに異なることとなる。

そうすると、住民訴訟の対象の考え方は、六〇年判決では広義の財務会計上の行為であり、四年判決では本来の財務会計上の行為ということになり、住民訴訟の対象の考え方が明らかに異なってくる。前章の結論としては、「住民訴訟の対象は財務会計上の行為であり、住民訴訟において財務会計上の行為という概念は十分存在意義を有する」というものであった。ここでいう「財務会計上の行為」とは、広義の財務会計上の行為を意味していた。そして、判例・学説の多くもそのような意味で使っていた。なぜなら、本来の財務会計上の行為という概念では、地方財務行政の適正な運営を確保するという目的をもつ住民訴訟を余りにも狭い範囲に限定し、住民訴訟の制度目的に反することになると考えたからである。その背景には、抗告訴訟の代替機能として住民訴訟の機能を拡張することが時代の要請として必要となってきたことがある。そして従来の判例や学説も一定の範囲でそれを認めてきており、それを違法性の承継を使い住民訴訟の対象を拡大することによって、可能にしてきた。その結果として、広義の財務会計上の行為という概念を住民訴訟の対象と考えてきたのである。そうすると、四年判決は住民訴訟の対象を本来の財務会計上の行為と考えている点では、従来の判例・学説の考え方をある意味では否定しているようにも見える。しかし、四年判決の考え方は、住民訴訟とは、その者の関与した本来の財務会計上の行為についての責任を問うものであって、たとえその原因となるものであっても、非財務会計上の行為についての責任を問うものではないという制度の本質に立脚したものであり、また、法が住民に違法な財務会計上の行為に限りその防止、是正、回復を裁判所に請求することを認め、行政の非違一般を争わせることを認めたものではないという制度の趣旨にも沿っているものである。しかも、前節でみてきたように、「財務会計法規上の義務」を審査することにより、すなわち、財務会計上の行為を行う当該職員は、財務会計上の行為を行うにあたっては、その原因となっている非財務会

計上の行為に違法事由がないかどうか、違法かどうかを審査、調査しなければならず、原因行為に違法事由があるのに、それを取消す等の是正措置をとることなく財務会計上の行為に及べば誠実執行義務等の義務に違反し、違法な財務会計上の行為になるという「審査義務違反」を判断することにより、従来の違法性の承継の判例とはほぼ同じような役割を果たすことが可能であり、住民訴訟の機能を縮小したことはならないようでもある。そのように考えると四年判決は、本来立法が想定していたような住民訴訟の対象を維持しつつ、すなわち、あまりにも大きく住民訴訟の対象を拡大することなく、住民訴訟の機能を拡張したといえるであろう。ただし、ここで注意しなければならぬことは、行為者の「財務会計法規上の義務」の違反があつたかどうか、すなわち、行為者自身の「審査義務違反」の判断は厳格に行う必要があるということである。別の言い方をすれば、財務会計上の行為を行うにあたって、その原因となつている非財務会計上の行為に違法事由がないかどうか、違法かどうかを審査、調査しなければならぬという「審査義務違反」の判断は重要であり、この判断を緩やかに解すことになると、単に住民訴訟の「対象」を厳格に解しそれを縮小しただけになり、住民訴訟の機能の拡張が実現できないこととなりかねないからである。

三 今後の判例の動向のまとめ

判例の傾向として四年判決の影響を受けた判例が多くなつていくこと、四年判決の法理を使って他の違法性の承継の判例を説明することができると、さらには、住民訴訟の対象をあまりにも大きく拡大することなく住民訴訟の機能を拡張することが可能であることなどもあわせて考えると、今後はこのような当該職員の行為自体の違法性を判断する四年判決のような判例が主流になつてくると思われる。

四 立法による対応の提案

一歩進んで立法による対応を検討してみると、地方財務行政の適正化を目指した制度として、住民監査請求・住民訴訟制度が充実していくためには、混乱の起きるような判例が出てこないようにすることが必要である。そのためには、今後の数多くの判例の集積やより多くの議論を尽くし、慎重に判断する必要があることを前提として、四年判決の法理が立法に盛り込まれるべきであると考えている。具体的には、住民訴訟は不正な財務会計運営の予防矯正のための訴訟であり、行政上の違法一般の是正を目的とするものではない旨を明確にするとともに、先行行為の違法性を判断することが必要となった場合には、先行行為ではなく当該財務会計上の行為そのもの、すなわち、誠実な管理執行義務（法一三八条の二）を含む財務会計法規上の義務違反（審査義務違反）があったかどうかにより判断されることを明確にすべきであると考えている。

第五節 小括

これまで述べてきたように、住民訴訟の対象の拡大を考えるに当たっては、学説が言うように「適法性を審査する権限と義務があるかどうかにより判断する」立場を最高裁判所が承認し、行為者の「財務会計法規上の義務違反」、すなわち、「行為者自身の「審査義務違反」があったかどうかにより判断しようとする考え（四年判決の法理）」が広まってきたといえるであろう。

四年判決後の判例をみても四年判決の法理を引用した判例が多く出されていること、住民訴訟の対象をあまりにも大きく拡大することなく住民訴訟の機能の拡張することが可能であることなどを考えると、今後は四年判決の法

理で判断していくこととなるであろう。

さらに、第一部で繰り返し述べてきたように、「住民訴訟の対象及び対象の拡大」の問題は、まさに、住民監査請求・住民訴訟制度で争うことができる範囲についての問題である。このような問題意識から、判例も違法性の承継を無条件に認めることはせず、先行行為と後行行為が「密接不可分ないし一体の関係」にある場合や先行行為が後行行為の「直接の原因」となる場合のようにときに違法性の承継を認めるなど、対象の拡大には一定の制限を設けてきた。その究極の法理が四年判決の法理であると私としては考えている。ただし、行為者の財務会計法規上の義務の違反があつたかどうかの判断は厳格に行う必要があると考える。すなわち、財務会計上の行為を行うにあつて、その原因となつている非財務会計上の行為に違法事由がないかどうか、違法かどうかを審査、調査しなければならぬという「審査義務違反」の判断は重要であり、この判断を緩やかに解すことになると、単に住民訴訟の「対象」を厳格に解しそれを縮小しただけになり、住民訴訟の機能の拡張が実現できないこととなり、そのことがひいては、地方財務行政の適正な運営を確保するという住民訴訟の目的を実現できなくしてしまうおそれもある。そうならないように、この「審査義務違反」の判断を厳格に行うことが必要になつてくる。

一方で、このような「審査義務違反」を判断する方法では、抗告訴訟の代替的機能の役割を住民訴訟が果たすことは困難ではないのかという考えもある。すなわち、住民訴訟に抗告訴訟の代替的機能の役割を積極的に認めるために、住民訴訟の対象となる財務会計上の行為の概念を積極的に拡大すべきであるとか、違法性の承継をもっと広く認めるべきであるという意見もあるであろう。しかし、住民訴訟に抗告訴訟の代替的機能をあまりにも多く期待するのは酷ではないか。すなわち、住民訴訟は地方公共団体の財務会計制度の適正な運用を図るために法律により特に設けられた制度であるという枠からはあまりにも大きく外れることは困難であると私としては考えている。

注

(1) なかには、最大判昭和三十七年三月七日民集一六卷三号四五頁のように、議会の議決の違憲、違法性を審査することを容認（前提）する判断を示したものもある。その意味では、先行行為の違法性を承継しているといえるであろう。しかし、これは、先行行為が議会の議決であり、本論文で扱うこととしているのは、主に、先行行為が執行機関又は職員行為としているためその異なることとなる。

(2) ただし、本件の場合、裁判所は憲法二〇条と神式による起工式の関係を中心に論じており、住民訴訟固有の問題は、ほとんど論じていない。

(3) 磯野弥生「住民訴訟における判例の役割と問題点」公法研究四八号（昭和六一年）二〇〇頁は、裁判所はこれらの事例をつうじて黙示的に非財務的先行行為の違法の承継を判例法理として認めてきたといえようとしている。

また、関哲夫「住民訴訟論〔新版〕」（勁草書房、平成九年）七三頁もこの判決を違法性の承継を無条件に認めるものとして扱っている。

また、木佐茂男「住民訴訟」杉村敏正編『行政救済法二』（有斐閣、平成二年）三七二頁も、こうして、「原因行為」も実質的に違法支出の対象となるとの観念が生成したとしている。

しかし、金子芳雄「違法の意味」團部逸夫編『新地方自治法講座五 住民訴訟・自治体争訟』（ぎょうせい、平成八年）八三頁、八四頁は、この判決は、①本件起工式が憲法二〇条三項に反する、すなわち違憲無効であれば、起工式のための公金支出も違憲無効となると考えるのか、②憲法上の問題ではなく、公金支出の原因となる行為が法律に違反していると、公金支出も違法となると読むのか、二通りの理解方法があるとして、必ずしも、一般的に違法性の承継を認めたといえるかどうかをはっきりしていないとする。

また、伴義聖・大塚康男共著『実務住民訴訟』（ぎょうせい、平成九年）一一〇頁も、この判決は、違法性の承継を無条件

に認めたものではなく、この判決でいう支出の「原因行為」は、神式による起工式の挙行を目的として市と宗教法人との間で締結された契約（準委任契約）のことをいっており、原因行為自体が財務会計上の行為に当たる場合（支出負担行為としての契約の締結）で、本来住民訴訟の対象となりうるものである。そして、その支出負担行為等が違憲・無効となれば、支出命令、支出も違法ということであって、当然のことを判示したにすぎないと指摘している。

そのためか、その後のこの種の裁判、最三小判平成五年二月一六日民集四七卷三号一六八七頁（箕面忠魂碑事件）、最大判平成九年四月二日民集五一卷四号一六七三頁（愛媛玉串料事件）などでは、違法性の承継は直接問題となっていない。

(4) その他、原告は、一審、控訴審を通じて ①知事に対して、汚水の流入を停止することができたにも関わらず、これをすることを怠ったことの違法確認、②知事個人に対して、違法なしゅんせつ工事費の支出の損害賠償請求（四号訴訟）、③被告四社に對して、一定基準以上の汚水を河川などを經由して田子の浦港に排出することの差止めを求めていた。

(5) 原田尚彦「判批」ジュリスト五七一号（昭和四九年）一〇〇頁、一〇一頁は、県当局の消極的な港湾管理の態度には、県民の間に強い不満が起り、その行政責任を追及する気運が生じたが、その手段の一つとして選ばれたこの訴えは、法上の住民訴訟の形式はとっている。だがその実体は、県当局の財政問題を中心に捉えるものではなく、環境対策の怠慢と企業の公害責任を追及して、環境行政の推進をはかろうとするところに本来の狙いをもっている」と指摘している。

室井力「住民訴訟の現代的意義」『現代行政法の原理』（勁草書房、昭和四八年）一五六頁は、この裁判は、原告が、もともと地域住民全体の利益を守るべき地方公共団体が、その行政において、住民の利益よりは一部住民、すなわち企業の利益を尊重し、そのために不当に公金を支出している現状、地方自治行政の企業追随主義を、住民訴訟の方式をもちいて糾弾し、もって行政の姿勢をただそうとしていると指摘している。

(6) 判決の内容としては、請求権の不行使につき必要な措置を構すべきことを法二四二条の二所定の住民訴訟の方式により求めることができるのは、当該地方公共団体が右請求権の行使を違法に怠る事実により当該地方公共団体の被った損害を補填する

ことを目的とする場合に限り得るとした上で、本件については、違法な不行使は無かったとして、上告人の敗訴部分を破棄し、東京高等裁判所に差し戻した。

(7) 磯野弥生「判批」ジュリスト地方自治判例百選（第二版）（平成五年）二一四頁。

(8) 金子芳雄「判批」民商法雑誌九〇巻四号（昭和五九年）五六六頁は、通常の事例においては、先行行為の違法を後行為に承継させないのが原則である。しかし両行為の間に直接的結びつき、あるいは両行為を一体的に把握した方がよいという場合に、先行行為の違法性は、後行為に承継されるということを、若し本判決が認めたのであれば、住民訴訟の拡大化という点よりみて、注目すべき判決といえるとしている。

(9) 金子芳雄「判批」昭和六〇年度重要判例解説（昭和六一年）三九頁は、本判決は、五二年判決を引用しているが、この五二年判決は、憲法二〇条と神式による起工式の関係を中心に論じ、住民訴訟固有の問題は、ほとんど論じていない。このため果たして五二年判決文中のどの部分が、本件判決における違法性承継論の文旨の趣旨と同一であるか、必ずしも明らかでない。ただ、一般論として、地鎮祭執行が憲法二〇条に反するとすれば、そのような行為は違憲無効といえるから、これを前提とした費用の支出も違法となる。そしてこの理論は、無効な先行行為の違法性は、後行為に承継されるといえること、これは従来からも多くの承認をえていた。そうだとすると本件判決は、別段新しい主張をしたといいきれない要素があると指摘している。

(10) 財団法人地方自治協会「住民監査請求・住民訴訟制度に関する調査研究」（平成元年）一二四頁、一二五頁。

(11) 泉徳治「判解」ジュリスト八五二号（昭和六一年）一三五頁は、当該行為が財務会計上の行為の原因といえるかどうかについては慎重な判断を必要とする旨を指摘している。

(12) 金子・前掲注(9)三九頁。

(13) 関哲夫「判批」平成四年度重要判例解説（平成五年）六一頁は、原因行為の権限を有する機関が後行する当該行為の権限を有する機関と同一か否か、同一でない場合前者が後者に対して独立の地位を有するか否かについて、場合を分けて考察しなければ

ばならないとしている。

(14) 伴・大塚・前掲注(3)一一八頁。

(15) 金子芳雄「判批」法学教室一五三号(平成五年)一一七頁は、四年判決は、その文言よりすれば、先行行為の適法・違法は問題とせず、後行為である財務会計上の行為自体に違法のあった場合のみを住民訴訟の対象としようとする。しかし、真意は、両者(四年判決と四年判決以前の最高裁判所判例)ははたしてどれ程の差異があるのかとし、内容は四年判決以前の最高裁判所判例と同じように、違法性の承継を認めうる場合もありうるとしている。

(16) 福岡右武「判解」『最高裁判例解説民事篇(平成四年度)』(平成七年)五四二頁。

(17) この点をとらえて、寺田友子「判批」民商法雑誌一〇九巻四・五号(平成六年)八二三頁は、学説で説かれてきた適法性審査説(関・前掲注(3)六九頁以下)を、審査義務違反説として最高裁判所は承認したとしている。関哲夫教授自身は、本判決の判例評釈である関・前掲注(3)でこの点については触れていない。しかし、これらの考え方は、四号損害賠償請求における違法性は、内部関係における違法性であり、四号訴訟において、先行行為の違法性が後行為に承継されるか否かは、後行為をなす権限を有する職員が、先行行為がたとえ違法であっても、その適法性を前提として行動すべき法的拘束を受けるのか、それともかかる拘束を受けずに自己の独自の判断に基づいて行動できるのか、つまり右職員が先行行為の適法性審査の権限と義務を有するか否か、にかかっている(関・前掲注(3)八二頁)と同趣旨と思われるとしている。

(18) 関・前掲注(3)六一頁は、原因行為における「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」は、本判決が、原因行為が「著しく合理性を欠き…」と述べているところからみて、単なる違法性ではなく、何らかの意味で加重された違法性である可能性が強い。しかしそれが「重大かつ明白な瑕疵」と異なるとしても、そのような瑕疵にあたるか否かの判断基準は本判決に示されておらず、今後の判例の集積によって明らかにされることにならうとしている。

(19) 関・前掲注(3)九八頁。

- (20) 関・前掲注(3)七六頁は、本判決を「先行行為と後行行為が密接不可分ないし一体の関係にある場合に限り違法性の承継を認めるもの」として分類している。
- (21) 伴・大塚・前掲注(3)一一七頁。
- (22) 福岡・前掲注(6)五四二頁。
- (23) 福岡・前掲注(6)五四二頁は、「違法性の承継」の問題として問われるべきものの核心は、当該職員が財務会計上の行為をするに当たり、当該地方公共団体に対し、原因行為との関係でいかなることをすべき作為義務（財務会計法規上の義務）を負担しているか、またその義務を尽くしたといえるかということであるとしている。
- (24) 影響を受けたというわけではないが、五八年判決が出る以前に出された、横濱地判昭和五二年一月一九日判時八七七号三頁は、分限免職処分自体は非財務会計上の行為であるが、右処分により市が当然に当該職員に対し退職手当支給義務を負担する意味において、両者は密接不可分であり、前者が違法であれば後者もまた違法性を帯びるとして請求を容認したものである。なお、本判決は、六〇年判決の一番判決である。
- (25) 関・前掲注(4)六一頁は、四号訴訟の場合、原因行為の違法性の承継に関して公定力理論をもちだすことには、疑問がある。公定力は当該処分が実体法上適法であることの承認まで強要するものではないから、単にその処分によって生じた損害の賠償を求めただけならば、公定力に抵触しないからであるとしている。
- 磯野・前掲注(3)二〇二頁、二〇三頁は、六〇年判決の控訴審判決、五九年判決の控訴審判決の二判決とも公定力を理由に後行行為への違法の承継を否定したが、請求が四号訴訟の損害賠償請求であるので、判例評釈において公定力の適用の誤りを指摘されている。これらの事例で公定力をもちだすことが誤りであることは当然であるとしている。
- (26) 判決文の中では、本件退職手当の支給に違法がないとした原審の判断は、その過程に上記説示と見解を異にする点はあるが、結論において正当であるとしている。

(27) 判決文の中では、原判決は、認定及び決定はいわゆる公定力を有する行政処分であるから、それに重大かつ明白な瑕疵が存しない限り、前記の土地買収及び公金支出が違法となるものではないとした点は、法令の解釈、適用を誤ったものといわざるを得ないが、前記の土地買収及び公金支出に違法がないとした結論は正当であるとした。

山村恒年「判批」判自一五号(昭和六一年)八五頁は、公定力は、行政庁とその相手方もしくは利害関係人との間でのみ有する行政処分の通用力である。地方公共団体とその機関である者との関係では公定力は働かないと解される。また、行政処分の違法を理由とする損害賠償請求についても、公定力は働かないとするのが定説であるとしている。

(28) 判決文の中では、所論の点に関する原審の判断は、結論において正当であり、原判決に詳論の違法はないとした。

(29) ただし、この前段において、給与等の支給に対する固有の違法も判断しているため、以下の「四年判決の影響を受けた判例」と同じように、財務会計上の行為固有の違法を判断したとも考えられる。

(30) 「市長としては本件職務専念義務免除を違法と判断すれば直ちに本件承認を行うことをやめて給与の支給を停止することができたのである」というように、当該職員の行為自体の「財務会計法規上の義務」の違反を判断したという点では、四年判決の影響を受けているともいえる。

(31) 今までみてきた事例は、先行行為が執行機関又は職員による行政処分その他の行為であったが、この事例では先行行為が条例である。

(32) 関・前掲注(3)九八頁、九九頁は、五八年判決が、町長が職員に対して給与を支給する場合、右支給が法令及び予算に適合していることを確認して支出負担行為をしなければならぬが、本件の場合、職員としての任命行為は適法であるが、町の事務に従事してはいないのであるから、ノーワーク・ノーペイの原則により、町長のなした支出負担行為は違法性を帯びる。これは、支出負担行為という財務会計上の行為固有の違法にほかならず、出向命令から承継したのではないという指摘があるところから考えれば、違法性の承継を検討しないのも妥当であるのかもしれないとしている。

(33) 判決は、給与支給は違法であるが、被告に故意過失があるということとはできないとして、被告の損害賠償義務は否定している。

まとめ

本稿では、違法な財務会計上の行為の最後の是正手段として、住民監査請求・住民訴訟制度はどうあるべきかという問題意識のもとで判例分析を行ってきた。最後に、これまでの検討で明らかになったことをまとめるとともに、本制度の発展のために残された課題と今後の私自身の研究課題などを述べる。

これまで、「怠る事実に係る監査請求期間」と「住民訴訟の対象及び対象の拡大」という二つの大きな論点について判例分析を行ってきた。この論点を選定した理由は、何度も述べてきたように、まさに、この制度で争える範囲に関してどのような枠組みをとるべきかが最も明確に示された論点であるという認識に基づいたものであった。

第二部では、「怠る事実に係る監査請求期間」について詳細な判例分析を行った。その結果、次のようにこの制度で争える範囲について、地方財務行政の適正化の確保の観点から、判例、学説が互いに影響を与えながら適切な判断を模索してきたことが明らかになった。すなわち、当初判例は、怠る事実に係る監査請求期間については、法の規定に忠実な解釈を行い期間制限は及ばない（最三小判昭和五三年六月二三日判時八九七号五四頁）と判断してきた。しかしその後、作為を争うという構成も可能な場合に、怠る事実を争う形式をとって監査請求期間の制限を免れようとする事例（「不真正怠る事実」に係る監査請求）については、例外として、当該行為のあった日（又は終

わった日)を基準に期間制限が及ぶ(最一小判昭和六二年二月二〇日民集四一巻一号一二二頁。以下「六二年判決」という。)と判断した。すなわち、「不真正怠る事実」に係る監査請求に対しては、法の趣旨に反するとして一定の制限を設ける判断をした。この制限はまさに、法の濫用を防ぎ、制度の趣旨を守るための妥当な判断であると評価する。さらにその後、談合事件を争う事例において、談合行為による損害賠償請求権の不行使を「不真正怠る事実」ととらえ、六二年判決を適用し期間制限が及ぶと解するのか、それとも、談合行為による損害賠償請求権の不行使を「真正怠る事実」ととらえ、六二年判決は適用せず原則どおり期間制限が及ばないと解するのかで、下級審で異なる結論が出ることとなった。この問題に六二年判決を適用し期間制限が及ぶということになると住民監査請求・住民訴訟制度で争うことが困難となり、争うことができる範囲が極端に狭くなってしまうこととなった。この間、学説は六二年判決を適用し期間制限が及ぶとする判断に対しては、批判的であった。その主な内容は、談合の違法を争う事例は、六二年判決の事例とは異なり「真正怠る事実」であり、しかも、法が期間制限を定めた趣旨は、法的安定性の見地からみて好ましいというものであるが、談合という不法行為によって地方公共団体に損害を与えた相手方や第三者に対し損害賠償を認めさせても法的安定性を害することはないし、談合事業者を住民の追及から保護する実質的理由はないと批判していた。この点に決着をつけたのが、最一小判平成一四年七月二日民集五六巻六号一〇四九頁(以下「一四年判決」という。)であり、六二年判決を踏まえつつも、六二年判決において十分に論じられなかった「財務会計法規に違反する違法」と「不法行為法上の違法」を明確に区別し、当該行為が財務会計法規に違反して違法であるか否かの判断をしなければならぬ関係がない場合は、これをしなければならぬ関係にあった六二年判決の場合と異なり、法の趣旨を没却するものではなく、原則どおり、監査請求の期間制限が及ばないと判断した。この判決により、談合という不法行為法上の違法による損害賠償請求を怠る事実とする住民監査請

求・住民訴訟については、期間制限が及ばず、監査請求期間の制限に関係なく争うことが可能となった。一四年判決は学説の説得力のある批判の一面が判例に影響を与えたものといえる。

このように、学説と判例が相互に影響し合い、「怠る事実に係る監査請求期間」については、「不真正怠る事実」に係る監査請求のように法の趣旨に反する事例については争うことのできる範囲に一定の制限を設けたが、不法行為法の違法による損害賠償請求を怠る事実とする事例については、期間制限に関係なく住民訴訟で争うことを可能とするなど、地方財務行政の適正化のために住民監査請求・住民訴訟で争うことのできる範囲を適正に拡大したということが出来る。

また、第三部では、「住民訴訟の対象及び対象の拡大」について詳細な判例分析を行った。その結果、次のようにこの制度で争える範囲について、地方財務行政の適正化の確保の視点から、判例、学説が互いに影響を与えながら適切な判断を模索してきたことが明らかになった。すなわち、当初判例は、公金の支出が違法となるのは、単にその支出自体が憲法に違反する場合だけでなく、支出の原因となる行為が憲法に違反する場合の支出もまた違法となる（最大判昭和五二年七月一三日民集三一巻四号五三三頁）というように、住民訴訟の対象をかなり拡大して判断してきた。このように行政責任型訴訟について、判例が総じて積極的な姿勢を示してきたことに関連して、学説の中には、違法性の承継の概念を拡大することにより、財務会計上の行為の概念自体が拡大すると考え、その考えをさらにすすめれば、そもそも「財務会計上の行為」なる概念さえ必要でなくなるという考え方もあらわれてきた。このようなことから、昭和五〇年代以降、住民訴訟は単なる財務行為に内在する違法に限らず、財務会計上の行為と関連させながら地方公共団体の行政運営や政策的事項の違法を争う事例が増えてきた。その後、判例は、無条件に違法性の承継を認めるのではなく、先行行為と後行行為が密接不可分ないし一体の関係にある場合に限り違法性

の承継を認める（最二小判昭和五八年七月一五日民集三七卷六号八四九頁）とか、先行行為が後行行為の直接の原因をなすものである場合に限り違法性の承継を認める（最一小判昭和六〇年九月一二日判時一一七一号六二頁）というように、一定の条件のもとで住民訴訟で争うことのできる範囲を拡大してきたといえる。このような考え方に對しては、学説も一定の理解を示してきた。なお、学説の中には、財務会計上の行為の行為者の違法性審査を重視し、すなわち、原因行為に違法事由があっても財務会計上の行為そのものを問題にすればよく、違法性の承継という議論は不必要であるというものもあらわれてきた。このような状況で出されたのが最三小判平成四年一月二五日民集四六卷九号二七五三頁（以下「四年判決」という。）である。この判決の法理は、行為者の「財務会計法規上の義務違反」、すなわち、行為者自身の「審査義務違反」があったかどうかにより判断しようというものであり、これにより、住民訴訟の対象を無条件に拡大することなく住民訴訟の機能を拡張することが可能となった。

このように、学説と判例が相互に影響し合い、「住民訴訟の対象及び対象の拡大」については、無条件に違法性の承継を認めることはしないが、行為者自身の財務会計法規上の義務違反、審査義務違反を厳格に判断することにより、地方財務行政の適正化のために住民訴訟で争うことのできる範囲を適正に拡大したということが出来る。

以上みてきたような「怠る事実に係る監査請求期間」、「住民訴訟の対象及び対象の拡大」に對して判例及び学説が示した判断は、地方財務行政の適正な運営を確保することを目的とした住民監査請求・住民訴訟制度で争うことのできる守備範囲の判断としては、適切なものであると考えている。四年判決の法理、一四年判決の法理は、その後の同種の判例において繰り返し引用されるなど、優れた法理である。しかしながら、これらの法理には次のような課題も残されている。

一四年判決の法理をめぐる課題は、一四年判決自体の法理ではなく、一四年判決と最一小判平成一四年一〇月三

日民集五六巻八号一六一一頁（以下、本論文の整理により「判例一一」）という。との関係である。「判例一一」の事案は、一四年判決のように談合を扱ったものではなく、県と建設会社との間で工事請負変更契約を締結し、請負代金を増額して支払ったことを争ったものである。「判例一一」では、一四年判決の法理を引用し、相手方である建設会社に対しては、監査請求期間の制限がないとした一方で、契約を締結するための準備行為を行った職員及びその補助職員については、請求期間の制限があるとの判断をしている。すなわち、建設会社など相手方に対する監査請求においては、当該行為が財務会計法規に違反して違法であるか否かの判断をしなければならぬ関係にない場合であり、請求期間の制限がない。一方、財務会計職員が行った財務会計上の行為の準備行為が違法であることに基づいて発生する職員に対する損害賠償請求権の行使を怠る事実を対象としてされた監査請求、財務会計職員の補助職員が行なった財務会計上の行為の補助行為が違法であることに基づいて発生する補助職員に対する損害賠償請求権の行使を怠る事実を対象としてされた監査請求には請求期間の制限があるという判断である。これはまさに、一四年判決の法理そのものであるが、そのように解すると、不法行為（不法な請負代金の増額）による損害賠償請求権の行使を怠る事実を対象としてされた監査請求に対して、相手方に対する場合と財務会計職員に対する場合とで監査請求の期間制限があるのか否かの結論が分かれることとなる。このように共謀による共同不法行為の事案で監査請求の期間制限の適用の有無が分かれ、相手方に対しては住民監査請求・住民訴訟制度で争うことのできる範囲になるが、財務会計職員に対してはこの制度で争うことができないということであれば不合理な結論となってしまう。この点については、今後の判例の集積を待つこととなるが、立法論も含めて詳細に検討する必要がある。

次に四年判決の法理の課題であるが、まず一つ目の課題は、「財務会計法規上の義務」の概念が抽象的であるという点である。すなわち、財務会計上の行為が違法であるか否かは、財務会計上の行為を行う者の「財務会計法規上

の義務」に違反しているか否かという観点から検討されるべきであるとの判断であったが、この「財務会計法規上の義務」については、誠実執行義務（法一三八条の二）、すなわち、「審査義務」のほか、事案によって種々の義務が問題になりうる抽象的な概念であるという点である。四年判決では、この誠実執行義務等により、財務会計上の行為を行うに当たっては、その原因となっている非財務会計上の行為に違法事由が存するか否か、違法か否かを審査、調査しなければならず、原因行為に違法事由があるのに、それを取消す等の是正措置をとることなく財務会計上の行為に及べば誠実執行義務等の財務会計法規上の義務に違反し、違法な財務会計上の行為になると考えるものであった。そうであるからこそ、この「審査義務違反」の判断自体によって、住民訴訟で争うことのできる範囲に直接影響を与えることとなるなど、「審査義務違反」の判断が重要となってくる。具体的には、「審査義務違反」の判断を緩やかに解することになると、住民訴訟の対象を縮小することとなり、地方財務行政の適正を確保するという住民訴訟の目的を実現できなくなる。「審査義務違反」の判断をどこまで厳格に行えるかが制度の鍵を握ることとなるため、この制度の法的性格、趣旨目的を十分認識したうえで今後も判例の動向を注意深く見守る必要がある。

四年判決の法理のもう一つの課題は、「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」の判断基準をどのように考えるのかという点である。四年判決の法理は、先行の非財務会計上の行為と後行の財務会計上の行為の権限が同一である場合には、前述したような財務会計上の行為を行う者が、「財務会計法規上の義務」を果たしているか否かにより、違法な財務会計上の行為になるかどうかを判断するといふものであった。しかし、先行行為と後行行為の権限が異なる機関に属する場合には、後行行為を行う者は、財務会計上の行為を行うに当たり、先行行為が、著しく合理性を欠き、「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」が存する場合でない限り、その先行行為の内容に応じた財務会計上の措置をとるべき義務（財務会計法規上の義務）があるとされている。すなわち、権限が

異なる場合には、「財務会計法規上の義務」があるか否かを「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」があるか否かで判断しようとしている。しかし、四年判決は、「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」という瑕疵概念を提示はしたが、原因行為における瑕疵は「著しく合理性を欠き」と述べているように単なる違法性ではなく、何らかの意味で加重された違法性であると思われるが、その判断基準は判決中には示していない。先行行為と後行行為の権限が異なる場合には「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」の内容により、「財務会計法規上の義務」があるか否かが決まり、ひいては、前述したような、「財務会計法規上の義務」の判断をよつて、住民訴訟で争うことのできる範囲に影響をあたえることを考え合わせると、この「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」の判断基準についても、今後の判例の動向を注意深く見守る必要がある。

このように、一四年判決、四年判決の法理は優れたものであるが、これらの法理には前述のような課題もある。これらの課題が残されたままであれば、すぐれた法理にも関わらず、地方財務行政の適正を確保するという制度の目的を実現できなくなることを十分に認識しておく必要がある。

最後に、このほかのこの制度の課題としては、原告適格の問題、実体法上の責任問題などいくつかの課題が残されている。また、法改正により創設された新四号訴訟の活用及び弊害の検証、住民訴訟にいたる前段階である住民監査請求制度の充実、四号訴訟のような損害賠償請求ではなく差止訴訟である一号訴訟の有効な活用など、法改正により立法的には解決されたとされているが、実際上本当に法改正の趣旨にしたがった活用がなされているかどうかなど、今後もこの制度の判例による検討は必要となる。これらの問題についての判例分析は今後の研究課題としていきたい。

さらに、地方公共団体がおかれている状況としては、地方分権の時代、今後一層の自主性と自立性の拡大が求め

られることとなる。また、平成一九年からは、所得税から個人住民税への税源委譲がなされるなど、ますます地方財務行政の適正な運用が必要となってくる。そのため、違法な財務会計上の行為の最後の是正手段である住民監査請求・住民訴訟制度の充実はもちろん必要であるが、それにも増して、法が定めた多段階の統制システムの充実に、それが本来は最も基本であるとともに重要な事柄であると考えている。平成一八年の法改正により、地方の自主性・自立性の拡大を図るため、出納長・収入役制度を廃止し副知事・副市町村長への一元化、監査の充実として識見を有する者から選任する監査委員の数を条例で増加することができるなどの措置がとられることとなった。このように、今後ますます自主的で自立した地方公共団体として地方財務行政の適正な運用が要求されることとなる。そこで今後の私の研究課題としては、長が支出命令を発するに当たった内容調査の充実、従来の出納長・収入役制度を廃止することによる地方財務行政への影響、議会が予算を定め及び決算を認定する権限、議会が行なう長の財務会計の処理に対するけん制効果、監査委員の地方公共団体の財務に関する事務の執行についての監査権限などについて、地方分権時代にふさわしい地方財務行政となるように、この分野の研究も進めていきたい。